

O NOVO REGIME DOS EMBARGOS INFRINGENTES E A SÚMULA 207 – STJ

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Ministro jubilado do STJ

Ex-desembargador do TJRS

Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual

1 . Julgando determinado processo, o magistrado de primeiro grau prolatou sentença considerando ausente o legítimo ‘interesse de agir’ por parte dos AA.; assim, deu por extinto o processo sem apreciação do mérito, forte no art. 267, VI, do CPC.

Apelaram os demandantes, e uma das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por maioria de votos, manteve a sentença no alusivo à extinção do processo, dando parcial provimento à inconformidade tão somente quanto à verba honorária. O voto vencido foi pela anulação da sentença, afirmando a legitimidade para agir de cessionário de direitos hereditários.

Manifestaram os autores, em tempo hábil, Embargos de Declaração, aos quais foi negado provimento, à unanimidade, em aresto publicado no Diário Oficial de 18 de março de 2002.

2. Interpuseram então os vencidos, por petição protocolada em 1º de abril, Recurso Especial ao colendo Superior Tribunal de Justiça, em cuja petição sustentam, prefacialmente, o cabimento do apelo extremo. Dizem que a lei nova - Lei 10.352, de 26.12.2001 (publicada no dia 27), que deu nova redação ao art. 530 do CPC, restringindo os casos de Embargos Infringentes, entrou de imediato em vigor após a ‘*vacatio legis*’ de três meses, ou seja, “no dia 26/03/02, colhendo os processos em curso, eis que a lei processual tem vigência imediata, conforme assinala toda a doutrina nacional” (sic) (grifamos).



A parte adversa, todavia, argumentou que o apelo extremo fora interposto sem que esgotados os recursos ordinários, eis que, estando *em curso o prazo recursal* quando da entrada em vigor da lei nova, seria ainda aplicável o regime da norma legal anterior.

3. Vejamos, inicialmente, as modificações que, por força da Lei nº 10.352/01, sofreu o art. 530 do CPC, o qual dispõe sobre os casos de cabimento do recurso de Embargos Infringentes.

É interessante este recurso ordinário, atualmente, ao que saibamos, sem similar em direito processual comparado (excelente notícia histórica em ‘Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado’, E. D. Moniz de Aragão, Saraiva, 1965). Propondo sua abolição já se manifestara, em tempos idos, mestre Alfredo Buzaid, ao redigir a Exposição de Motivos do vigente Código de Processo Civil (1973), referindo no azo que *“a existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de recurso”*.

Apesar disso, os Embargos Infringentes foram, no CPC de 1973, mantidos no elenco dos recursos, no que, a nosso sentir, bem agiu o legislador, não só pela ancianidade venerável dos embargos (se tanto tempo persistiram, motivos não terão faltado) como, principalmente, por razões de ordem pragmática. Juiz de segundo grau quase vinte anos, a experiência do signatário foi no sentido de que os Embargos Infringentes, embora o inconveniente de retardar a decisão final, apresentam-se como um recurso com frequência provido, e cujo julgamento se reveste de mais amplo debate e confronto de posições, sob maior densidade doutrinária.

José Carlos Barbosa Moreira, tendo impugnado a persistência dos ditos embargos em sucessivas edições de seus excelentes ‘Comentários’, veio em edições posteriores a admiti-los, já sob o influxo de sua atividade como Desembargador do TJRJ:

“De lege ferenda, manteríamos o recurso, mas lhe restringiríamos o cabimento, excluindo-o em alguns casos, como o de divergência só no julgamento de preliminar, ou em apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e também o de haver o tribunal confirmado (embora por maioria de votos) a sentença apelada, à semelhança do que se dava no sistema primitivo do estatuto de 1939, antes do Dec.-lei nº 8.570, de 8.1.1946” (‘Comentários ao CPC’, Ed. Forense, 9ª ed., 2001, nº 282).

Nesta obra, em sua 11ª edição, anota que a Lei 10.352/01 adotou suas sugestões (ob. cit., nº 282, p. 516).

4. Vejamos as alterações trazidas ao regime dos Embargos Infringentes, no alusivo aos requisitos de sua admissibilidade.

Pelo art. 530, na anterior redação, bastava a existência, quando do julgamento de apelação ou ação rescisória, de um voto divergente no seio do colegiado; ou seja, nas apelações a votação por dois votos a um já autorizava, por si só, a interposição dos embargos, limitados naturalmente ao âmbito da divergência. Era o seguinte o texto legal:

“Art. 530 - Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”

Nesses termos, não apresentava qualquer importância o fato de o aresto, dês que proferido por maioria de votos, haver confirmado ou reformado a sentença, quer no alusivo ao mérito, quer no pertinente a matéria de ordem processual - como, v. g., cassando a sentença extintiva do processo sem julgamento de mérito, ou confirmando-a. Em qualquer hipótese, em tese seriam os embargos cabíveis.

5. Já agora a norma legal ostenta redação diversa:

“Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”

A respeito do exato alcance dos novos pressupostos de admissibilidade, nos casos de apelações, as primeiras observações doutrinárias vêm revelando alguma dissonância. *Quid juris*, nos casos em que o acórdão não unânime haja decidido o mérito, embora a decisão apelada tivesse apenas ‘extinto o processo’ limitando-se ao exame, v.g., das chamadas condições da ação, como o permite o art. 515 através seu novo parágrafo terceiro? E na hipótese inversa, em que sentença de mérito é ‘cassada’ ou ‘anulada’ por acórdão não unânime, sem que o colegiado se manifeste *de meritis*?

6. Temos para nós que a solução adequada, reveladora da *mens legis* (e também da *mens legislatoris*), surge com a aplicação do princípio da sucessiva conformidade em matéria de mérito. Sempre que o tribunal, ao julgar o conflito de interesses, haja concordado com a conclusão ou as conclusões a que chegou o juízo monocrático (não necessariamente pelos mesmos fundamentos), ficando assim por duas vezes composta a lide no mesmo sentido, restam excluídos os Embargos Infringentes.

Com efeito, se dois graus de jurisdição inclinam-se sucessivamente pela mesma solução do litígio, teremos a favor dessa solução três magistrados, o juiz sob a vantagem do exame ‘direto’ (na maior parte das vezes) dos fatos e dos depoimentos pessoais (imediato), e dois deles sob a maior experiência que se supõe nos julgadores de segundo grau. Um só voto vencido não será, então, bastante para justificar um terceiro exame do mérito.

7. Os Embargos Infringentes não serão, pois, aceitos em matéria processual, ou seja, quando a sentença, reformada por maioria de votos, se houver limitado ao exame de questões processuais, sem decidir a matéria de mérito. Por questões de ordem processual devem ser consideradas, *ex vi legis*, aquelas previstas no art. 267 do CPC.



Igualmente incabíveis os embargos quando o acórdão venha a 'cassar' ou a 'anular' uma sentença de mérito: v.g., sentença proferida por juiz absolutamente incompetente, ou sentença nula por ausência de fundamentação, ou passível de cassação por haver com aqodamento efetuado o julgamento antecipado da lide etc. Nestes casos, o tribunal não está apreciando o mérito da causa, não está a 'reformular' a sentença de mérito - dando-lhe, pois, uma 'nova forma' -, mas sim está a impor a prolação (após corrigidos os vícios da sentença ou do processo) de uma outra sentença de mérito, que poderá ou não inclinar-se no mesmo sentido da anterior.

8. Interessante o caso em que o acórdão não unânime implique decisão de mérito 'originária', como já agora o permite o art. 515, § 3º, na redação dada pela Lei nº 10.352/01. É certo que, em tal hipótese, o tribunal não estará a reformar 'a sentença de mérito', como consta da literalidade da nova regra legal. Vale ponderar, no entanto, que em tema de mérito a 'exclusão' dos embargos infringentes pressupõe a uniformidade quanto às respectivas conclusões, em primeiro e em segundo grau de jurisdição. Ora, no caso suposto, o magistrado sequer se havia manifestado sobre o mérito, ante seu entendimento de que o processo deveria ser extinto sem o julgamento das pretensões do autor. Este julgamento, no entanto, veio a ser efetuado em segundo grau, com voto vencido.

Mais razão, pois, ponderando a não ocorrência da 'sucessiva conformidade', para a admissão dos embargos.

9. Postas estas premissas, vê-se que, no caso de início mencionado, a sentença extinguiu o processo sem julgamento do mérito, e o acórdão proferido, por maioria de votos, em nível de Apelação, veio a 'cassar' tal sentença, afirmando a legitimidade dos autores.

Assim, se incidente o artigo 530 em sua redação anterior, aos AA. terá assistido o direito processual à interposição dos Embargos Infringentes e, portanto, não estavam esgotadas as instâncias ordinárias; destarte, ausente o pressuposto da *'decisão final'*, em *'última instância'* (CF, art. 105, III), não poderiam os demandantes desde logo interpor o Recurso Especial.

Todavia, se for considerada aplicável a lei nova, não terão sido compostos os pressupostos de admissibilidade dos Embargos Infringentes; assim, esgotadas as instâncias ordinárias, o apelo extremo terá sido cabível e adequado.

Explicitando a matéria, enunciado da Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

"Súmula 207. É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem."

O ponto nodal à solução da consulta, portanto, fixa-se na perquisição do momento em que, nos processos em curso, passou a incidir a lei nova, no referente ao novo regime de admissão do recurso de Embargos Infringentes.

10. Preliminarmente, vale sublinhar a distinção entre ‘efeito retroativo’ e ‘efeito imediato’ da lei nova. Conforme o clássico Roubier, a lei nova será considerada retroativa se ela atingir fatos passados, *facta praeterita*; já no alusivo aos *facta pendentia*, impende distinguir entre as situações anteriores à mudança da legislação - as quais não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as situações posteriores à mudança - e com relação a estas a lei nova terá efeito imediato.

Como consta do magistério de Galeno Lacerda, em clássica monografia, “*cumpre afirmar que a lei nova não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga, isto é, não pode ferir os respectivos direitos processuais adquiridos. O princípio constitucional de amparo a esses direitos possui, aqui, também, plena e integral vigência*” (‘O novo direito processual e os feitos pendentes’, Ed. Forense, 1974, p. 13) (grifamos). Assim, “*la loi nouvelle n’a pas d’effet vis-à-vis des ‘facta praeterita’, des faits ou actes accomplis, car elle serait rétroactive; mais sous cette réserve, elle a un effet immédiat sur les procédures en cours*” (Paul Roubier, ‘Les Conflits des Lois dans le Temps’, II, 685 e ss.).

11. Já especificamente quanto à lei do recurso, o eminente processualista sul-riograndense também se reporta a Roubier, para quem “*os recursos não podem ser definidos senão pela lei em vigor no dia do julgamento; nenhum recurso novo pode resultar de lei posterior e, inversamente, nenhum recurso existente contra uma decisão pode ser suprimido, sem retroatividade, por lei posterior*” (‘Les Conflits, II/728).

Com efeito, o ilustre jurista francês igualmente ensinou que “*il en résulte que les voies de recours ne peuvent être définies que par la loi en vigueur au jour du jugement: aucune voie de recours nouvelle ne peut résulter d’une loi postérieure, et inversement aucune voie de recours existant contre un jugement ne pourrait être supprimée sans rétroactivité par une loi postérieure*” (‘Le Droit Transitoire’, Dalloz, 2ª ed., 1960, p. 564) (grifamos); o procedimento recursal, no entanto, rege-se pela lei nova, de eficácia, então, imediata.

12. No mesmo sentido Carlos Maximiliano: “*Os postulados imperantes na data da sentença resolvem sobre a sua impugnabilidade, os remédios contra o julgado, a admissibilidade de qualquer recurso; porquanto isto tudo constitui direito adquirido processual; não se usa um novo, nem elimina um velho*” (‘Direito Intertemporal’, Ed. Freitas Bastos, 2ª ed., 1955, nº 238, p. 278) (grifamos). Na síntese de Pontes de Miranda, “*tudo se há de reger pela lei vigente ao se proferir a sentença*” (‘Comentários ao Código de Processo Civil’, Forense, t. XVII, 1978, pp. 40-41).

Em suma, a lei do recurso é a lei do dia da sentença ou do acórdão.

13. Surge, neste passo, uma relevante indagação. Qual é o dia da sentença ou (do acórdão)? A data em que foi proferida, ou a data em que dela foram as partes intimadas?

Quando a sentença é proferida em audiência, e pois as partes de tudo tomam ciência no próprio ato, dúvida não remanesce, pois a prolação da sentença e sua publicação são simultâneas. Mas se a sentença for entregue em cartório, incidirá a lei vigente na data em que ocorrer a juntada aos autos e, portanto, a “processualização” do ato decisório?; ou incidirá a lei vigente quando de sua intimação às partes, que pode ser muito posterior (basta pensar em eventual demora na publicação pela imprensa oficial, ou em procrastinação do mandado em mãos do meirinho)?

14. No alusivo às decisões colegiadas de segundo grau, temos a data em que a decisão é proclamada, em sessão (CPC, art. 556: “*Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento...*”), e temos a data em que o acórdão é publicado na imprensa oficial (o que pode tardar por percalços meramente burocráticos, ou por atrasos na lavratura de votos, ou na conferência de notas taquigráficas ou de estenotipia ou digitação etc.).

Mestre Galeno afirma peremptoriamente que a lei do recurso é a lei vigente à data em que a decisão foi proferida:

“Vimos que o direito subjetivo ao recurso nasce no dia em que a sentença é proferida. Se nesta data, por exemplo, o acórdão era passível de revista, porque divergente do de outra Câmara do mesmo Tribunal (referia-se Galeno ao antigo recurso de revista do CPC de 1939, extinto pelo CPC de 1973), o recurso pode ser interposto, pouco importa surja a publicação do acórdão depois de revogada a revista” (ob. cit., p. 70). E sustenta que a outra orientação, a de subordinar a aceitação de um recurso extinto pela lei nova, a que tenha sido ele interposto enquanto ainda vigente a lei antiga, que tal critério “*é extremamente falho e passível de graves injustiças*”.

Para Nelson Nery Jr., “*proferido o julgamento, nasce para a parte ou interessado o direito de recorrer, de acordo com as regras legais vigentes à época do referido julgamento. Ocorre o direito adquirido processual àquele recurso, com as regras ditadas pelo regime jurídico da lei vigente por ocasião do julgamento, direito adquirido esse que a lei posterior (...) não pode atingir (CF, 5º, XXXVI)*” (art. ‘A forma retida dos recursos especial e extraordinário - Apontamentos sobre a Lei 9.756/98’, colet. sobre recursos, org. prof. Teresa Arruda Alvim Wambier, RT, 1999, p. 480).

15. No mesmo sentido a prof. Teresa Arruda Alvim Wambier: “*Na esfera dos recursos, parece que realmente essa aplicação imediata não pode significar senão que o novo regime é aplicável aos casos em que a decisão se tornou recorrível já na vigência da lei nova. Assim, se a lei nova passa a vigorar tendo sido já prolatada a decisão, ainda em curso o prazo para interposição do recurso, este deve ser interposto no antigo regime. O*

recurso segue o regime da lei vigente à época da prolação da decisão" ('Anotações a respeito da Lei nº 9.756, de 17.12.1998', Colet., RT, 1999, p. 562).

Também Wilson de Souza Campos Batalha, com remissões ao magistério de Donato Faggella, ensinando que para as sentenças vigora o princípio firmado a propósito dos atos processuais: regulam-se pelo lei do tempo em que são prolatadas. A mesma lei disciplina os efeitos da sentença, sua eficácia e a extensão da 'res judicata', bem como os recursos admissíveis, quer ordinários quer extraordinários, quer interpostos pelos litigantes, quer por terceiros: "*nè i nuovi mezzi introdotti da una legge posteriore possono vale contro una sentenza emanata sotto l'impero della legge antica, nè i precedenti mezzi d'impugnativa posso essere negati per il sopravvenire d'una legge che non più li riconosca*" ('Direito Intertemporal', Forense, 1980, p. 568-569).

16. Assiste razão plena aos eminentes processualistas. Bastará pensar em dois processos sobre idêntica questão de direito, julgados numa mesma sessão do Tribunal. Um deles é publicado poucos dias depois, ainda vigente a lei antiga; o outro após a entrada em vigor da lei nova. A adotar o critério do 'dia da publicação', contra o primeiro acórdão caberá o recurso que a lei nova veio a extinguir; contra o segundo, tal recurso não mais será admitido, o que importará em quebra, sem motivo maior que a justifique, da regra da isonomia processual.

O critério da data da decisão dissipa "*as eventualidades aleatórias e circunstanciais, decorrentes dos critérios anteriores, baseados na interposição ou na publicação, para adotar-se regra simples, objetiva, segura, única que atende, verdadeiramente, à tutela dos direitos subjetivos e, por isto mesmo, insuscetível de causar injustiças ou discriminações*" (Galeno, ob. cit., p. 72). No ensinamento de Léon Duguit, "*la loi nouvelle ne peut donc modifier une situation juridique subjective antérieure, parce qu'elle toucherait alors à un acte individuel qui a été accompli à un moment où elle n'existait pas encore et la loi serait alors vraiment rétroactive, ce qu'elle ne doit pas être*" ('Leçons de Droit public général', 1926, p. 70 e s.).

17. Há, no entanto, principalmente em sede jurisprudencial, decisões no sentido de que a aplicação da lei antiga dependerá de que a mesma esteja ainda em vigor na data da publicação da sentença ou acórdão. Assim, aliás, o enunciado nº 26 da Súmula do TRF da 1ª Região: "*A lei regente do recurso é a em vigor na data da publicação da sentença ou decisão*" (RT, 732/424).

A eg. 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RMS 38-SP, relator o em. Min. Sálvio de Figueiredo, decidiu que

"Segundo princípio de direito intertemporal, o recurso se rege pela lei vigente à data em que publicada a decisão, salvo quando se trata de alteração de ordem constitucional, que tem incidência imediata. Pode a mesma, no entanto, em norma de

caráter transitório, determinar a aplicação da ordem anterior até a ocorrência de fato futuro” (DJU 04.06.1990, p. 5.061) (grifamos).

18. Em sede doutrinária, afirmou o em. Min. Luiz Fux que a lei incidente aos recursos *“é a vigente à data em que a decisão é publicada e não a que vigia quando da propositura da ação”* (‘Curso de Direito Processual Civil’, Forense, 2001, n° 1.5, p. 26)(grifamos); todavia, logo após, arrolando suas conclusões relativas ao direito intertemporal, inclui a de n° 7, ‘verbis’: *“A lei vigente à data da sentença é a reguladora dos efeitos e dos requisitos de admissibilidade dos recursos”* (ob. cit., p. 27) (grifamos).

19. De qualquer forma, no caso concreto que tivemos ensejo de examinar como parecerista, o aresto proferido nos Embargos Declaratórios é datado de 5 de março de 2002 e foi publicado aos 18 do mesmo mês; em ambas as datas, a lei nova - Lei n° 10.352, de 26.12.2001, com ‘vacatio legis’ de três meses (DO de 27.12.2001), ainda não se encontrava em vigor.

Aplicável, destarte, sob qualquer dos dois critérios expostos, a lei antiga, sendo totalmente irrelevante, do ponto de vista jurídico processual, que a nova lei haja entrado em vigor ‘durante o curso do prazo recursal’, eis que prevalece o direito adquirido ao recurso, conforme as normas previstas na lei anterior.

Com efeito, segundo o art. 530 do CPC, em sua anterior redação, ainda em vigor tanto quando do julgamento da apelação como quando da publicação do acórdão, contra o aludido decisório não unânime poderia o vencido, na época, haver manifestado o recurso de Embargos Infringentes.

Não o fazendo, a parte vencida omitiu-se no interpor todos os recursos ordinários cabíveis, pelo que o Recurso Especial, que veio a manifestar, terá deparado com, intransponível óbice: o acórdão recorrido não era uma decisão final, nos exatos termos da Súmula 207 - STJ.

Porto Alegre, julho de 2003.